

# **LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL: UNO DE LOS MEDIOS MÁS IDÓNEOS PARA ALCANZAR LA EFECTIVA VIGENCIA SOCIOLÓGICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUCIONALMENTE TUTELADOS**

GUSTAVO SZARANGOWICZ

## **I. A MODO DE INTRODUCCIÓN**

El análisis de la problemática propuesta en este trabajo amerita realizar, aunque más no sea someramente, una descripción de la situación política, económica y social que caracteriza, tanto nacional como internacionalmente, los albores del siglo XXI que nos toca transitar.

En efecto, los elementos históricos y materiales, propios de estos tiempos que corren, resultan de singular importancia a la hora de abordar el rol del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de sus embrionarios —e ineficaces por el momento— mecanismos de garantía de los derechos fundamentales, como único camino posible para alcanzar la imprescindible vigencia sociológica que por su misma naturaleza persiguen <sup>1</sup>.

La crisis, no sólo en países del margen como el nuestro, sino, incluso, en algunas de las democracias centrales más avanzadas, del *Welfare State* y el “actual viento neoliberal, que ha hecho un nuevo credo ideológico del

<sup>1</sup> En relación con la vigencia sociológica como finalidad de los derechos fundamentales positivizados en la CN dice Bidart Campos: “Cuando erigimos a la constitución suprema hasta el vértice del orden normológico, y le atribuimos valor superior, carácter de fuente y de normativa primarias, fuerza vinculante, aplicabilidad directa e inmediata, lo hacemos porque aspiramos a que alcance encarnadura y fenomenización en el orden de conductas (dimensión sociológica), a que no se esterilice en el orden de las normas escritas, a que funcione y actúe como derecho positivo, a que tenga eficacia” (BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 57).



absolutismo del mercado y del absolutismo de la mayoría”<sup>2</sup>; la exclusión del disfrute de los derechos fundamentales que afecta a la mayor parte del género humano<sup>3</sup> y el masivo fenómeno migratorio<sup>4</sup> que esto acarrea, movilizándolo —del sur al norte y del este al oeste— a millones de personas hacia las opulentas metrópolis de Occidente; el surgimiento —o resurgimiento— de corrientes políticas irracionales e intolerantes de las que Umberto Eco incluiría dentro del género de “Ur-Fascistas”<sup>5</sup>; la incapacidad patente de la mayoría de los Estados periféricos de hacer frente al nuevo poder económico y financiero del “mercado global”, surgido de la postguerra fría, cuyos intereses, las más de las veces, colisionan con la efectiva universalización de los Derechos Humanos<sup>6</sup>; el florecimiento de conflictos étnicos, culturales y religiosos acallados durante décadas por la hegemonía política y militar de las superpotencias; la entronización en el altar de los “neo-ene-migos” de los valores occidentales del terrorismo y del narcotráfico internacionales —categorías falazmente manipuladas en forma tendenciosa e irresponsable para que alberguen en su seno tanto a Al-Qaeda como al Islam, tanto al Cartel de Cali como al EZLN—; el descreimiento en el rol de la ONU como custodio de la paz mundial, acentuado por la pasividad de su actuación en los conflictos internacionales recientes<sup>7</sup>; la sistemática devastación del medio ambiente; son solamente algunas de las múltiples aristas que caracterizan a la coyuntura mundial actual, impidiendo ser optimistas a corto plazo respecto de alcanzar la efectiva vigencia sociológica de los derechos fundamentales.

En sintonía con este contexto de inestabilidad institucional, el derecho —señala Ferrajoli— sufre una profunda crisis que se manifiesta en tres diferentes planos: la crisis de la legalidad, relacionada con el deterioro de la fuerza normativa<sup>8</sup> de las normas jurídicas, entre ellas, fundamentalmente,

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001, ps. 16 y 65.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., p.117.

<sup>4</sup> Para una distinción entre migración e inmigración ver Eco, Umberto, “Las migraciones, la tolerancia y lo intolerable”, en *Cinco escritos morales*, Lumen, Barcelona, 1998, p. 121.

<sup>5</sup> Eco, Umberto, “El fascismo eterno”, en *Cinco escritos...*, cit., ps. 47 y 50.

<sup>6</sup> “Ya no hay rivalidad militar entre las superpotencias porque la guerra fría ha terminado. Sin embargo, una nueva guerra económica, esta vez caliente, casi infernal, se cierne sobre las naciones pobres. Hay un proceso de recesión profundo, disminución del ritmo de crecimiento y aumento de la desocupación, incluso en los países desarrollados” (TRAVIESO, Juan Antonio, *Derechos humanos y derecho internacional*, Heliasta, 1996, p.53).

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., p.155.

<sup>8</sup> Sobre el concepto de fuerza normativa ver BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho...*, cit., ps. 29, 44, 61, 519.



las constitucionales, en su función de límites y directivas para el ejercicio del poder público; la crisis del Estado social, consecuencia de la falta de adecuadas garantías que tornen directa e inmediatamente exigibles los derechos de “segunda generación”, que por su propia naturaleza requieren de prestaciones positivas por parte de los poderes públicos; y, finalmente, la crisis del Estado nacional, producto del proceso de integración mundial, que reformula el concepto de soberanía y el sistema de fuentes del derecho, debilitando el constitucionalismo tradicional, entendido éste desde el punto de vista de los ordenamientos jurídicos internos <sup>9</sup>. Según el maestro italiano, esta triple crisis del derecho, que hoy en día se traduce en un desprestigio y en una pérdida de confianza crecientes respecto de la razón jurídica como principal pilar del Estado de derecho moderno, puede desembocar en una crisis aguda de la democracia y de sus principios de sumisión del poder al derecho <sup>10</sup>.

## II. PLANTEO

En el ámbito de las ciencias sociales, todo esfuerzo intelectual que, medianamente, persiga algún grado de consistencia, debe especificar cuáles son los principios que le sirven de cimiento para la construcción argumentativa que se pretende alzar.

Por eso, y a los fines de fundarlo de la mejor manera posible, considero que no resulta ocioso aclarar las bases axiológicas sobre las cuales se apoya este trabajo.

En ese orden de ideas, el título mismo implica una clara toma de posición en favor de la aplicabilidad directa e inmediata de los derechos fundamentales constitucionalmente tutelados, en vistas a lograr que la fuerza normativa que revisten se traduzca en su efectiva vigencia en el plano sociológico, es decir, el de la constitución material <sup>11</sup>. Asimismo, la sola mención de la necesidad de desarrollar mecanismos de garantía eficaces para la defensa de tales derechos, en el plano internacional, permite deducir la existencia de otros dos pilares axiomáticos trascendentes: en primer lugar, la adopción de una postura garantista que subraya el rol de estos instrumentos esenciales “para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizacio-

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., p. 15.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., ps. 17, 25.

<sup>11</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho...*, cit., p. 66.



nes operativas”<sup>12</sup>; en segundo lugar, el sitio privilegiado que se le otorga en este trabajo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el esquema general de las garantías, implica un alineamiento concreto en pro de un constitucionalismo sustancial internacional<sup>13</sup> que, en un futuro (probablemente no demasiado cercano), se transformará en el objetivo prioritario de la ciencia jurídica.

Si bien no es necesario ser demasiado sagaz para percatarse de la presencia de las mencionadas bases axiológicas, lo cierto es que ser explícito respecto de ellas ayuda a mantener la coherencia que, en algunas ocasiones, no es tan sencillo conservar.

Concretamente, tomando una de las armas que ofrece el arsenal garantista de los derechos fundamentales amparados por la Constitución, propongo abordar el problema de la garantía de acceso a la jurisdicción supraestatal como mecanismo de tutela y defensa de carácter complementario al ordenamiento constitucional interno<sup>14</sup>.

El desarrollo comienza recorriendo, fugazmente, el escabroso y, no pocas veces, accidentado sendero transitado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde su relativamente reciente nacimiento hasta nuestros días, la relación entre derecho interno y derecho internacional, y el ya en buena medida superado conflicto entre las posturas monistas y dualistas.

La segunda parte aborda el clásico dualismo entre los derechos operativos y los programáticos —sobre el cual se han derramado ríos de tinta—, la distinción entre vigencia y validez desde la perspectiva del garantismo y las características propias del constitucionalismo formal y del constitucionalismo sustancial.

Finalmente, la tercera parte analiza la relación del derecho constitucional argentino y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde la reforma constitucional de 1994, la garantía supranacional de acceso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y el grado de eficacia sociológica real de tales mecanismos.

<sup>12</sup> PEÑA FREIRE, Antonio, en FERREYRA, Raúl Gustavo, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 123.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., ps. 31, 152 y ss.

<sup>14</sup> En relación con este carácter complementario —explícitamente consagrado en el art. 75, inc. 22 de la CN—, enseña Bidart Campos: “(...) lo que ‘complementa’ a algo, se le *adiciona* como una *sumatoria* que jamás puede quedar desprovista de efecto; si no lo surtiera, dejaría de complementar, que es tanto como decir: de dar completitud” (BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 283).



## DESARROLLO

## PRIMERA PARTE

## DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

## I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

**1. Tres momentos históricos relevantes**

Una exposición pormenorizada de los hechos históricos que dieron origen a lo que, actualmente, se conoce como Derecho Internacional de los Derechos Humanos, excedería ampliamente los fines del presente trabajo. El más escueto racconto debería remontarse, cuanto menos, hasta mediados del siglo XVIII, pasando revista a los múltiples factores políticos, económicos, sociales y filosóficos que forjaron, desde entonces y hasta nuestros días, el sistema internacional de protección de los derechos fundamentales.

Empero, por su estrecha relación con el Derecho Constitucional argentino, puede resultar provechoso realizar una aproximación, aunque más no sea vertiginosa, sobre algunos de los hitos que marcaron, durante la segunda mitad del siglo XX, la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Siguiendo la línea trazada, propongo —conciente de lo discrecional de la elección— mencionar tres de los acontecimientos que considero de mayor relevancia en relación con el núcleo de la presente exposición: la conformación de la Organización de las Naciones Unidas, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Convención Americana de Derechos Humanos.

*1.1. La Organización de las Naciones Unidas*

Poco después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, se firmó en San Francisco la Carta de las Naciones Unidas, que, pese a sus falencias evidentes, es —a decir de Barboza— “el intento más logrado hasta ahora de organización de la comunidad internacional”<sup>15</sup>.

La Carta de la ONU fue el puntapié inicial del proceso de internacionalización<sup>16</sup>, entendido éste como el esfuerzo realizado por los Estados

<sup>15</sup> BARBOZA, Julio, *Derecho internacional público*, Zavallía, Buenos Aires, 1999, p. 34.

<sup>16</sup> En este sentido, Bidart Campos distingue entre la universalización y la internacionalización de los derechos humanos, utilizando como línea divisoria entre una y otra el carácter interno o internacional de las normas que declaran y tutelan los derechos fundamentales (BIDART CAMPOS, Germán J., *Constitución Nacional y derechos humanos, su reciprocidad simétrica*, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 75).



para la construcción de un sistema de protección de los Derechos Humanos a nivel mundial <sup>17</sup>.

El aspecto más trascendente de la aparición de la ONU en el escenario internacional se verifica en la impresionante tarea de codificación y desarrollo progresivo del Derecho de Gentes desarrollada a través de sus múltiples órganos. A partir de entonces, según Barboza, los rasgos propios del “derecho internacional clásico” —extremadamente liberal, descentralizado y oligocrático— comienzan a atenuarse sustantivamente, provocando un cambio cualitativo en el paradigma dominante hasta entonces, evidenciado en la “creciente institucionalización de la comunidad internacional, el carácter más humanista que caracteriza las creaciones jurídicas actuales (...) los principios protectores del individuo, de las minorías y de los pueblos” <sup>18</sup>.

Si bien se critica la redacción de la Carta por la referencia genérica que realiza en relación con los derechos fundamentales, sin prever obligaciones ni sanciones a los miembros que los violaran <sup>19</sup>, lo cierto es que es el primer instrumento internacional de carácter universal y vinculante que sienta bases sólidas para la edificación de un futuro andamiaje de protección de los Derechos Humanos <sup>20</sup>, que aspire a alcanzar efectiva vigencia en el derecho interno de cada Estado mediante la implementación de un sistema de responsabilidad internacional por su incumplimiento. Así, el art.1º, establece como tercer Propósito de la Organización el realizar la cooperación internacional, lo cual sólo puede efectivizarse “en el vasto terreno de las cuestiones económicas, sociales, culturales o humanitarias y del respeto de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de todos, sin discriminación” <sup>21</sup>.

Acerca de la trascendencia de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, dice Bidart Campos que, al cargar expresamente a los Estados parte del deber de promover el respeto de los derechos y libertades del hombre, se ha incluido a estos derechos en el *ius cogens* <sup>22</sup> del Derecho Internacional Público, “cuyas normas son imperativas, indisponibles e

<sup>17</sup> TRAVIESO, Juan A., *Historia de los derechos humanos y garantías*, Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 235.

<sup>18</sup> BARBOZA, Julio, *Derecho...*, cit., p. 38.

<sup>19</sup> TRAVIESO, Juan A., *Historia...*, cit., p. 237.

<sup>20</sup> ALBANESE, Susana - BIDART CAMPOS, Germán, J., *Derecho internacional, derechos humanos y derecho comunitario*, Ediar, Buenos Aires, 1998, ps. 15 y ss.

<sup>21</sup> BARBOZA, Julio, *Derecho...*, cit., p. 548.

<sup>22</sup> “El derecho romano dividía el derecho en el *ius dispositivum* y el *ius cogens*. El primero permitía que las partes lo dejaran de lado por la autonomía de la voluntad. El segundo, el *ius cogens*, obligaba a su observancia” (TRAVIESO, Juan A., *Derechos...*, cit, p. 240).



inderogables”<sup>23</sup>. Si esto se coordina —reflexiona el mencionado autor— con el rango prioritario que el propio art. 103 de la Carta otorga a sus normas por sobre cualquier otro compromiso internacional que pudieran asumir los Estados miembros, se llega a la conclusión de que la Carta y la obligación de promover los derechos fundamentales que ella impone, se encuentran en “el vértice normativo del derecho internacional”<sup>24</sup>.

## 1.2. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

El segundo de los acontecimientos históricos de singular importancia que, con la discrecionalidad apuntada más arriba, me permito subrayar, es la celebración de la Convención de Viena de 1969, incorporada al ordenamiento nacional en 1980 mediante la ley 19.895.

La característica sobresaliente de este instrumento que mayor interés reviste a los fines expositivos puede sintetizarse en la positivización de los siguientes principios del Derecho Internacional, hasta entonces reservados al ámbito de la costumbre internacional: a) el reconocimiento expreso del carácter particular de las normas de *ius cogens* (arts. 53, 64 y 66), dentro de las cuales se cuentan las relacionadas con los derechos fundamentales<sup>25</sup>; b) la regla de *pacta sunt servanda* que rige entre las partes del acuerdo (art. 26); c) la prohibición de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado (art. 27), salvo la excepción prevista en el art. 46<sup>26</sup>; y d) la interpretación de buena fe (art. 31) de las cláusulas del mismo<sup>27</sup>.

No vale la pena, a esta altura del trabajo, explayarse sobre cada uno de estos principios positivizados por la Convención (los cuales, al día de hoy, han pasado a formar parte integrante del derecho interno de la inmensa mayoría de los países del orbe), basta, por ahora, con enumerarlos. No obstante, la extraordinaria trascendencia que revisten —particularmente en lo que atañe a la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico y en la relación entre Derecho Constitucional y Derecho Internacional— obliga a reconocerles el valor que merecen.

<sup>23</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, t. III, cit., p. 280.

<sup>24</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, t. III, cit., p. 281.

<sup>25</sup> TRAVIESO, Juan A., *Derechos...*, cit., p. 244.

<sup>26</sup> BARBOZA, Julio, *Derecho...*, cit., p. 71.

<sup>27</sup> BARBOZA, Julio, *Derecho...*, cit., p. 124.



### 1.3. *La Convención Americana de Derechos Humanos*

Las características del sistema de protección de los derechos fundamentales implementado a nivel regional por el Pacto de San José de Costa Rica serán desarrolladas oportunamente en la Tercera Parte.

No obstante, permítaseme un comentario. Por lo que representó —y representa— la Convención Americana, en relación a nuestro ordenamiento jurídico constitucional, la breve reseña planteada al principio de esta Primera Parte quedaría groseramente incompleta si no la incluyera entre los sucesos históricos más trascendentes en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Agustín Gordillo, al tratar las distintas fuentes jurídicas supranacionales del derecho interno argentino, distingue este pacto de otros de igual jerarquía, sobre la misma materia, no porque los últimos carezcan de obligatoriedad en el ámbito nacional, sino porque es el único que cuenta con un órgano jurisdiccional supranacional de aplicación <sup>28</sup>: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a cuya jurisdicción la Argentina, incondicionalmente, se ha sometido.

Podrán endilgarse al sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos múltiples falencias, pero lo cierto es que, institucionalizando un órgano jurisdiccional supraestatal de aplicación, ha trazado las directrices del rumbo a seguir en el futuro para alcanzar la plena vigencia de los derechos y libertades fundamentales.

Precisamente, ese punto resulta de crucial importancia a los fines de este trabajo, dado que, ante todo, pretendo sostener, fundadamente, la imperiosa necesidad de desarrollar eficaces garantías jurisdiccionales de carácter supranacional, sin las cuales la materialización de los derechos fundamentales proclamados por la Constitución seguirá siendo un utópico anhelo <sup>29</sup>.

<sup>28</sup> GORDILLO, Agustín, *Derechos humanos*, cap. II, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, p. 10.

<sup>29</sup> “Si, en la ya clásica descripción de Bobbio, la universalización de los derechos fue la tercera etapa que consolidó el consenso para la protección de los derechos humanos, hoy esta tercera etapa requiere una vuelta de tuerca, que haga efectivos en los Estados nacionales esos derechos universales” (ABREGÚ, Martín, “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción”, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997).



## 2. Un clásico: la relación entre el derecho interno y el derecho internacional

Durante buena parte del siglo XX, el concepto impermeable y absoluto de la soberanía estatal <sup>30</sup>, propio del Derecho Internacional Público tradicional, sustentó a las diversas posturas dualistas <sup>31</sup>—cuyos representantes más destacados fueron Triepel y Anzilotti— que fomentaron la “visión esquizofrénica del derecho” que aislaba en compartimientos estancos el ordenamiento interno del ordenamiento internacional <sup>32</sup>. Basando sus argumentos en el principio *par in parem non habet imperium* y en una supuesta debilidad o pérdida de contenido que desvirtuaría la naturaleza misma de la Constitución —como norma fundamental emanada del poder constituyente soberano—, si los tratados se incorporaran al derecho interno en forma directa —por la sola voluntad de los órganos del poder constituido—, estas posiciones doctrinarias rechazaron la posibilidad de otorgar jerarquía superior, o al menos igual, al Derecho Internacional en relación con el Derecho Constitucional. Siguiendo esta línea argumentativa, el dualismo sostiene que, para que un tratado debidamente ratificado ingrese al derecho nacional, es necesario que se produzca su novación en ley interna por decisión expresa del órgano legislativo competente <sup>33</sup>.

Inversamente, las teorías monistas —que ostentan a Kelsen <sup>34</sup> como su máximo exponente— consideran que un tratado ratificado por el poder ejecutivo se incorpora en forma directa e inmediata al derecho interno, más allá del rango jerárquico que, dentro de éste, se le otorgue a la norma internacional <sup>35</sup>. En efecto, “bajo el presupuesto de la unidad del derecho proponen la existencia de dos subsistemas jurídicos relacionados jerárquicamente” <sup>36</sup>, de forma tal que, dentro de la concepción monista, puede concebirse una que otorgue prioridad al derecho interno y otra que se la de al derecho internacional, pero en ambos casos, las dos coinciden en la existencia de un único orden jurídico universal <sup>37</sup>.

<sup>30</sup> BIDART CAMPOS, G., *El derecho...*, cit., p. 455.

<sup>31</sup> MONCAYO - VINUESA - GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho internacional público*, t. I, Zavallía, Buenos Aires, 1994, p. 54; BARBOZA, Julio, *Derecho...*, cit., p. 53; TRAVIESO, Juan A., *Derechos...*, cit., p. 115.

<sup>32</sup> TRAVIESO, Juan A., *Derechos...*, cit, p. 113.

<sup>33</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Constitución...*, cit., p. 97; MONCAYO - VINUESA - GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho...*, cit., p. 55.

<sup>34</sup> KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1949, ps. 382, 393, 397.

<sup>35</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, t. III, cit., p. 301.

<sup>36</sup> MONCAYO - VINUESA - GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho...*, cit., p. 53.

<sup>37</sup> TRAVIESO, Juan A., *Derechos...*, cit., p. 116; BARBOZA, Julio, *Derecho...*, cit., p. 55.



El debate doctrinario entre monistas y dualistas ha quedado zanjado, en buena medida, por las propias disposiciones del derecho internacional positivo, el cual, expresamente, ha postulado su supremacía por sobre los ordenamientos jurídicos internos <sup>38</sup>. En efecto, al Derecho de Gentes le resulta indiferente la forma en que los Estados, internamente, resuelven el problema de la articulación de sus normas, siempre que el resultado sea compatible con los compromisos contraídos internacionalmente (art. 27, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). “La falta de adaptación de la legislación interna a las obligaciones internacionales— cuando ello es necesario— genera la responsabilidad internacional del Estado” <sup>39</sup>. Y esto reviste singular importancia para el pleno desarrollo de un sistema supranacional de protección de los derechos fundamentales constitucionalmente tutelados porque, a decir de Bidart Campos: “un Estado que, en acatamiento a una jurisdicción supraestatal, está prevenido de que violaciones internas a los derechos son susceptibles de derivarse a control y enjuiciamiento de una instancia internacional mediante acusación de incumplimiento de tratados sobre derechos humanos, seguramente se esmerará más en preservar los derechos de quienes están sometidos a su jurisdicción interna” <sup>40</sup>. El mencionado autor afirma que los derechos fundamentales, por ser los más vulnerables, requieren un mayor vigor operacional para alcanzar efectiva vigencia sociológica, por ende, en el plano interno —que es en el que se los materializa en última instancia— se fortalece la fuerza normativa de la Constitución que los alberga, cuando el Derecho Internacional “acude en su auxilio a título de cobertura subsidiaria” <sup>41</sup>.

Actualmente, se verifica en la comunidad internacional una clara tendencia hacia la integridad del derecho <sup>42</sup>, exteriorizada no sólo en las normas positivas del ordenamiento internacional, sino también en las disposi-

<sup>38</sup> Ver lo apuntado en el acápite I.a, de esta Primera Parte. En igual sentido, BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho...*, cit., p. 457; *Tratado...*, t. III, cit., p. 287; MONCAYO - VINUESA - GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho...*, cit., p. 57; ALBANESE, Susana, *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, La Rocca, Buenos Aires, 1992, p. 134.

<sup>39</sup> MONCAYO - VINUESA - GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho...*, cit., p. 56; ABREGÚ, Martín, “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción”, en AA.VV., *La aplicación...*, cit., ps. 7 y ss.

<sup>40</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho...*, cit., p. 458.

<sup>41</sup> “(...) nada podemos propiciar mejor que un sistema de derechos humanos con doble fuente: la del derecho interno, y la del derecho internacional de los derechos humanos” (BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho...*, cit., p. 456).

<sup>42</sup> Múltiples constituciones recientes reconocen jerarquía constitucional, y hasta supraconstitucional, a los tratados relativos a derechos humanos. Ver BARBOZA, Julio, *Derecho...*, cit., ps. 59 y ss.; ALBANESE, Susana, *Promoción...*, cit., ps. 128 y ss.; BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho...*, cit., ps. 461 y ss.



ciones constitucionales de los diferentes Estados <sup>43</sup>. La creciente interrelación política, económica y social que registra la “aldea global” surgida a fines del siglo XX, impone la necesidad de articular efectivos mecanismos de garantía para la protección de los derechos fundamentales que consagran los diferentes instrumentos internacionales y la mayoría de las constituciones contemporáneas <sup>44</sup>. En esta línea, ya difícilmente pueda concebirse que un Estado democrático, en los albores del siglo XXI, pueda “(...) ser reacio ni egoísta a las aperturas internacionales y comunitarias. Es casi hasta irrisorio que para cautelar su poder constituyente y la supremacía de la constitución incurra en posturas aislacionistas de hipersuficiencia interna o en ensimismamientos análogos, desconociendo los principios de buena fe y lealtad internacional y desconfiando del derecho internacional de los derechos humanos (...)” <sup>45</sup>. Negarse a reconocer que los tratados internacionales sobre derechos fundamentales armonizan perfectamente con una Constitución que se pretenda verdaderamente democrática, es “detener a destiempo los avances más valiosos que, lentamente desde 1945 a la fecha, se vienen produciendo en procura de dignificar la existencia de los seres humanos y de afianzar sus derechos en dimensión universal” <sup>46</sup>.

## SEGUNDA PARTE

### DERECHO CONSTITUCIONAL

#### I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DESDE UNA PERSPECTIVA GARANTISTA

##### **1. Garantismo constitucional. Validez y vigencia de las normas jurídicas en el nuevo paradigma**

Desconfiando de la satisfacción y respeto espontáneos de los derechos fundamentales <sup>47</sup> y entendiendo a las garantías constitucionales como “los procedimientos institucionalmente previstos por el propio orden jurídico organizado por la Constitución, para perseguir la instrumentación de su

<sup>43</sup> ALBANESE, Susana: *Promoción...*, cit., p. 126.

<sup>44</sup> Ver FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., p. 152.

<sup>45</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho...*, cit., p. 458.

<sup>46</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho...*, cit., p. 458.

<sup>47</sup> El garantismo “(...) se opone a cualquier concesión tanto de las relaciones económicas y políticas como del derecho privado o público fundado sobre la noción idealista de un ‘poder bueno’ o de una observancia espontánea del derecho y de los derechos” (FERRAJOLI, Luigi: “Garantías constitucionales”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, año I, nº 2, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 41).



autodefensa legal”<sup>48</sup>, el garantismo enfatiza el rol de los “instrumentos de naturaleza defensiva”<sup>49</sup> del orden constitucional.

Esta corriente doctrinaria rompió con el paradigma jurídico dominante durante la primera mitad del siglo XX<sup>50</sup> al postular lo que Ferrajoli denominó “una segunda revolución”<sup>51</sup> en la teoría del derecho. En efecto —dice el maestro italiano— la primera “revolución”, gestada por el positivismo jurídico clásico, se basó en el principio de legalidad formal o mera legalidad como “metanorma de reconocimiento de las normas vigentes”<sup>52</sup>, de forma tal que, la validez de una norma no depende de su justicia intrínseca sino, únicamente, de su positividad. La segunda revolución que el autor menciona, resulta de la afirmación del principio de legalidad sustancial o estricta legalidad, que nace como consecuencia de la positivización de los derechos fundamentales y disocia los conceptos de validez y vigencia, reformulando profundamente las sólidas bases que sostuvieron a las teorías positivistas clásicas hasta mediados del siglo XX<sup>53</sup>.

Abandonar el criterio clásico de validez, incorporando al sistema de producción de normas jurídicas el elemento sustancial que obliga a los poderes públicos a respetar los contenidos impuestos por los derechos fundamentales de rango constitucional, implica adoptar un modelo de Estado constitucional de derecho que reemplace al tradicional Estado legislativo de derecho, añadiéndole a la democracia formal, que regula quién toma las decisiones y cómo debe tomarlas, una dimensión material que establece también qué es lo que puede y qué es lo que debe decidirse<sup>54</sup>.

<sup>48</sup> FERREYRA, Raúl G., *Notas...*, cit., p. 126.

<sup>49</sup> FERREYRA, Raúl G., *Notas...*, cit., p. 130.

<sup>50</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., p. 67; FERREYRA, Raúl G., *Notas...*, cit., p. 128.

<sup>51</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., p. 66.

<sup>52</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., p. 66.

<sup>53</sup> “Este cambio de paradigma puede situarse históricamente en un momento determinado: el que siguió a la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial y a la derrota del nazi-fascismo. En el clima cultural y político en el que vio la luz el actual constitucionalismo —la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948, la Constitución italiana de 1948, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949— se comprende que el principio de mera legalidad, considerado suficiente garantía frente a los abusos de la jurisdicción y de la administración, se valore como insuficiente para garantizar frente a los abusos de la legislación y frente a las involuciones antiliberales y totalitarias de los supremos órganos decisoriales” (FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., p. 67). Ver también el acápite 1.a. del presente trabajo.

<sup>54</sup> “Todos los derechos fundamentales —no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones— equivalen a vínculos de *sustancia* y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan al mismo tiempo, los *fin*es a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho” (FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., ps. 22 y 23).



Para la teoría garantista la vigencia guarda relación con la forma de los actos normativos, siendo una cuestión de subsunción o correspondencia de las formas de los actos productivos de disposiciones normativas, con las previstas por las normas formales sobre su producción, en particular, la Constitución. La validez, al referirse al significado, es por el contrario una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción<sup>55</sup>. “El paradigma de la democracia constitucional no es otro que la sujeción del derecho al derecho generada por esa disociación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial o, si se quiere, entre la weberiana ‘racionalidad formal’ y ‘racionalidad material’”<sup>56</sup>.

Para que los derechos fundamentales que la Constitución alberga en su seno alcancen vigencia en el plano sociológico, resulta imprescindible poner en funcionamiento instrumentos garantistas que operen eficazmente frente a cualquier intento de violación a sus prescripciones<sup>57</sup>, tanto “en la esfera privada contra los poderes públicos como en la esfera pública contra los poderes privados”<sup>58</sup>. La ausencia de estas garantías tiraría por la borda la fuerza normativa que se atribuye a la Constitución, impidiendo la concretización material del proyecto político-jurídico que persigue<sup>59</sup>.

Como señala Ferrajoli, las garantías de los derechos fundamentales reconocidos por el orden constitucional y por las declaraciones internacionales de Derechos Humanos actualmente continúan siendo a todas luces inoperantes. Sin embargo, como paradigma de la democracia constitucional en estado embrionario, el garantismo puede y debe ser ampliado, en una triple dirección: en primer lugar, garantizando todos los derechos, tanto los de primera como los de segunda y tercera generación; en segundo lugar, en relación con todos los poderes, ya sean públicos, como los estatales, o privados, como los del mercado; y en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo en el derecho interno sino también en el internacional<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., p. 21; FERREYRA, Raúl G., *Notas...*, cit., p. 129.

<sup>56</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., p. 52.

<sup>57</sup> “Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías, equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación” (FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., p. 43).

<sup>58</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Garantías...*, cit., p. 42.

<sup>59</sup> FERREYRA, Raúl G., *Notas...*, cit., p. 121.

<sup>60</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Garantías...”, cit., p. 52.



## 2. El problema de la operatividad y la programaticidad de las normas

El presente acápite no pretende realizar, ni mucho menos, un análisis exhaustivo de una cuestión sobre la cual han surgido ríos de tinta desde todos los confines de la doctrina jurídica. Exageradamente ambicioso sería si tratara de abordar un asunto tan complejo con el rigor que amerita. Sin embargo, el problema planteado en este trabajo de la vigencia sociológica de los derechos fundamentales constitucionalmente tutelados y las garantías supranacionales necesarias para efectivizarlos, se encuentra vinculado con el tema de la operatividad y programaticidad de las normas jurídicas en un grado tan cercano de parentesco que resulta inevitable hacer algún tipo de mención al respecto, por más liviana que sea.

Tradicionalmente doctrina y jurisprudencia han distinguido las normas operativas de las normas programáticas, entendiéndose a las primeras como aquellas que se aplican directamente sin necesidad de ninguna norma auxiliar (*self-executing* en derecho anglosajón) y a las segundas como aquellas que, por su carácter de plan o proyecto, no resultan obligatorias en lo inmediato, requiriendo de otras normas para su regulación e instrumentación concretas.

La tendencia a reputar a las normas programáticas constitucionales como meramente orientativas, liberadas de todo plazo de cumplimiento, o sujetas a la discrecionalidad de los órganos de poder, equivale, lisa y llanamente, a asimilarlas a consejos o recomendaciones carentes de fuerza normativa o, en el mejor de los casos, a parámetros muy débiles <sup>61</sup>. La supremacía de la Constitución resulta seriamente vulnerada si se otorga a los operadores, a su exclusivo arbitrio, la opción de dar efectividad a las normas de carácter programático o, a la inversa, mantenerlas inertes indefinidamente o más allá de un plazo razonablemente breve <sup>62</sup>.

Sin negar la programaticidad que revisten ciertas normas, ni transgredir el reparto constitucional de competencias que a cada órgano del Estado se le otorga en el desarrollo de las mismas, pero recalcando el efecto directo que deben surtir siquiera en un contenido mínimo para no vaciarlas de contenido, Bidart Campos propone que sea el control judicial el que, prudencial pero activamente, haga operar la fuerza normativa de tales normas, menguada por la omisión inconstitucional <sup>63</sup> en la que incurren los otros poderes <sup>64</sup>.

<sup>61</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho...*, cit., p. 222.

<sup>62</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho...*, cit., p. 223.

<sup>63</sup> “(...) son la violaciones a la constitución que se tipifican cuando no se hace lo que ella manda hacer” (BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho...*, cit., p. 348).

<sup>64</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho...*, cit., ps. 81, 178, 223.



A los fines perseguidos en esta exposición, considero que resulta suficiente lo brevemente mencionado hasta aquí respecto al problema de la programaticidad y la operatividad de las normas constitucionales en el derecho interno. Se trata, únicamente de una fugaz aproximación al tema que servirá de base para abordar con mayor profundidad —en la tercera parte de este desarrollo— los análogos inconvenientes que se presentan en relación con los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos, cuya jerarquía constitucional o supralegal —según el caso— ha sido expresamente establecida en nuestro país desde la Reforma del 1994.

### TERCERA PARTE

## INTERRELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

### I. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO DESDE LA REFORMA DE 1994

#### 1. La nueva jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico interno <sup>65</sup>

Uno de los temas más trascendentes de la reforma constitucional de 1994 ha sido la modificación del esquema tradicional de jerarquía normativa de nuestro derecho interno. En efecto, la incorporación del art. 75, inc. 22, en la Constitución Nacional no sólo despejó dudas respecto del orden de prelación entre los tratados y las leyes, sino que elevó expresamente a algunos de ellos a su mismo rango <sup>66</sup>.

En su segundo párrafo, la norma citada reconoce expresamente jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de Derechos Humanos, situándolos en el vértice mismo del ordenamiento jurídico nacional <sup>67</sup>. Asimismo se deja abierta la posibilidad de que otros tratados sobre Dere-

<sup>65</sup> Ver entre otros: BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, t. III, cit., ps. 273, 276; *El derecho...*, cit., p. 459; BARBOZA, Julio, *Derecho...*, cit., ps. 76 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Derechos...*, cap. III, cit., p. 19; TRAVIESO, Juan A., *Derechos...*, cit., ps. 200 y ss.; ALBANESE, Susana, *Promoción...*, cit., p. 134; MONCAYO, Guillermo, "Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema", en AA.VV., *La aplicación...*, cit., p. 91; ABREGÚ, Martín, *La aplicación...*, cit., p. 14.

<sup>66</sup> GORDILLO, Agustín, *Derechos...*, Cap. III, cit., p. 18.

<sup>67</sup> Se trata de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y



chos Humanos no incluidos en el listado de los revestidos con jerarquía constitucional puedan alcanzarla, si se cumple con el procedimiento establecido en el tercer párrafo de la norma en cuestión <sup>68</sup>. En cuanto a los demás tratados, sean o no de derechos humanos, la reforma les ha otorgado jerarquía superior a las leyes, poniendo punto final al problema de la interpretación del art. 31 de la Carta Magna <sup>69</sup>. Con este nuevo texto, entonces, todos los tratados están por encima de las leyes, tal como lo estableció la Corte Suprema en el fallo “Ekmekdjian v. Sofovich” <sup>70</sup>, pero algunos de ellos gozan de jerarquía constitucional <sup>71</sup>.

Echando mano a la frase nada feliz que se lee en el art. 75, inc. 22, y que, en referencia a los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional, reza: “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta constitución”, han surgido posturas doctrinarias que colocan a estos instrumentos internacionales al lado de la Constitución pero subordinados a ella <sup>72</sup>. Frente a planteos de este tipo, Bidart Campos se pregunta cómo sería posible que normas internacionales de jerarquía constitucional tuvieran un alcance derogatorio respecto de otras de igual jerarquía que se hallan dentro de la Constitución, sería como afirmar que el constituyente definió dos planos subordinados el uno al otro dentro del texto mismo de la Carta Magna: uno superior, compuesto por la primera parte, la parte dogmática; otro inferior, el de la parte orgánica, que incluye a los once instrumentos internacionales de jerarquía constitucional. “Esa especie de ‘reserva privativa’ peca contra una pauta elemental de la hermenéutica, conforme a la cual un sistema de normas que comparten una misma jerarquía jamás puede interpretarse en el sentido de que unas deroguen, cancelen neutralicen, excluyan o dejen sin efecto a otras, porque *todas* se integran coherentemente, y deben mantener su significado y su alcance en armonía recíproca y en compatibilidad dentro del conjunto” <sup>73</sup>.

---

Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).

<sup>68</sup> Con fecha 18 de octubre de 1995, el Congreso Nacional aprobó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por ley 24.556, otorgándole jerarquía constitucional el 29 de mayo de 1997 por ley 24.820.

<sup>69</sup> BARBOZA, Julio, *Derecho...*, cit., p. 79.

<sup>70</sup> *Fallos*, 315:1492.

<sup>71</sup> ABREGÚ, Martín, *La aplicación...*, cit., p. 14.

<sup>72</sup> Ver BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, t. III, cit., p. 276.

<sup>73</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, t. III, cit., p. 277.



Los tratados de derechos humanos constitucionalmente jerarquizados no pierden por ello su naturaleza de normas internacionales. Si bien se incorporan al derecho interno con el rango privilegiado que les confiere el art. 75, inc. 22, no por ello se incorporan a la Constitución, es decir a su texto documental, sino que pasan a formar parte del “bloque de constitucionalidad”<sup>74</sup> que, desde fuera de ella, la complementa congruentemente en vistas a reforzar y legitimar su fuerza normativa<sup>75</sup>.

La vigencia normológica del nuevo orden jerárquico constitucionalmente establecido por la reforma de 1994, persigue conferir completitud al sistema de derechos fundamentales de la Constitución a través de una doble fuente: la interna y la internacional, con miras a alcanzar su fin último y, por cierto, el más difícil: la vigencia sociológica imprescindible para evitar que queden esterilizados por falta de sustento material<sup>76</sup>.

## **2. Operatividad y programaticidad en relación con los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional**

Considero que puede resultar por demás ilustrativo para iniciar el desarrollo de este apartado, transcribir textualmente el criterio amplio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —a cuya jurisdicción nuestro país se sometió expresamente “por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad”<sup>77</sup>— en su Opinión Consultiva n° 2/82: “Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y en particular la Convención Americana (actualmente de jerarquía constitucional) no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal, dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> “Por tal puede entenderse un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores *materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental*” (BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho...*, cit., p. 264).

<sup>75</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, t. III, cit., ps. 278, 285.

<sup>76</sup> Ver BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, t. III, cit., p. 274.

<sup>77</sup> Ley 23.054 del 1/3/1984, promulgada el 19/3/1984, publicada en el Boletín Oficial el 27/3/1984, presentado el instrumento de ratificación de fecha 14/8/1984 ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos el 5/9/1984.

<sup>78</sup> OC n° 2 del 2/10/1982.



En el mismo sentido, en la OC n° 11/90, dicho Tribunal precisó el alcance del art.1 de la Convención, afirmando que los Estados parte deben no solamente “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella”, sino además “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”, entendiendo que el término “garantizar” incluye el deber del Estado de remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que el mencionado instrumento les reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para efectivizar sus derechos constituye una violación del art. 1.1 del Pacto de San José <sup>79</sup>.

Para evitar que los instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional o, incluso, sólo supralegal, se transformen en letra muerta frente a un Estado reacio a infundirles vida haciéndolos internamente operativos, hay que estarse al objeto y fin que persiguen, como explícitamente lo establece el art. 31, inc.1° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tal y como, con absoluta claridad lo señaló la COIDH, en relación con la Convención Americana: la protección de los derechos fundamentales del individuo, su mayor tutela, no su restricción <sup>80</sup>.

Como dice Gordillo: “el precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento por lo menos en el plano *interno*” <sup>81</sup> y una de esas normas, basada en el principio general de Derecho de Gentes *pacta sunt servanda*, se encuentra internacionalmente positivizada en el art. 27 de la Convención de Viena mencionada en el párrafo anterior, según el cual ningún Estado puede alegar su derecho interno —el constitucional incluido— para incumplir las obligaciones emergentes de los tratados <sup>82</sup>.

No tiene sentido resolver el sometimiento a un orden jurídico supranacional, y a un tribunal con competencia formal para aplicarlo y sancionar al incumplidor —en caso de existir un órgano jurisdiccional de tal naturaleza— para luego pretender la supuesta supremacía del orden local por sobre el internacional a la hora de efectivizar concretamente los derechos fundamentales tutelados <sup>83</sup>.

Por todo esto, el carácter jurídico, obligatorio, imperativo e incondicionado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos resulta indu-

<sup>79</sup> TRAVIESO, Juan A., *Derechos humanos y jurisprudencia*, Eudeba, Buenos Aires, 1998, p. 28.

<sup>80</sup> TRAVIESO, Juan A., *Derechos...*, cit., p. 140.

<sup>81</sup> GORDILLO, Agustín: *Derechos...*, cap. III, cit., p. 11.

<sup>82</sup> Ver Primera Parte, apartado I.a. ii.

<sup>83</sup> Ver GORDILLO, Agustín, *Derechos...*, cap. III, cit, ps. 10, 16.



bitable, porque, como enseña Bidart Campos, los derechos humanos declarados en los tratados están destinados, en virtud de los pactos mismos a gozarse, a ejercerse, a hacerse efectivos y a tener vigencia sociológica en el derecho interno de los Estados <sup>84</sup>.

Dado que en el ámbito del derecho interno, tanto constitucional como legal, se verifica la existencia de normas programáticas, no resulta extraño encontrarlas también en los instrumentos internacionales. Sin embargo, “reconocer que las normas programáticas (de un tratado, de una constitución o de una ley) reclaman el complemento de otra norma que especifique y lleve a término el “programa” es radicalmente distinto a negarles fuerza normativa directa <sup>85</sup>.

“Al tiempo de analizar si una norma es operativa o programática debe tenerse especialmente en cuenta, que se presume que las normas en materia de derechos humanos son operativas” <sup>86</sup>. En efecto, si bien esto no puede predicarse de los tratados considerados en bloque, al analizar cada una de las normas de los instrumentos internacionales de derechos fundamentales, debe reputárselas operativas, salvo que de su formulación gramatical <sup>87</sup> se desprenda indudablemente su carácter programático, y que, en consecuencia requiera ser detallada o completada por la legislación interna <sup>88</sup>.

Lo expuesto hasta aquí permite enarbolar el principio de operatividad de las normas de derechos humanos y la responsabilidad internacional que corresponde al Estado que incumple —ya sea por acción o por omisión— las prescripciones de los instrumentos que los consagran.

Para concluir este acápite siguiendo la línea trazada al comenzar, me remito nuevamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a uno de los principios sentados en la OC n° 7/86, que bien puede aplicarse a la totalidad de los tratados internacionales de derechos fundamentales: “el sis-

<sup>84</sup> “...cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha diseñado la descripción de los tratados sobre derechos humanos ha utilizado esta visión: (...) son un instrumento que, penetrando en el derecho interno, tiene como finalidad una serie de consecuencias a) lograr *efectividad y aplicación* en la jurisdicción interna; b) investir dentro de ella de *titularidad de derechos* a cuantas personas forman parte de la población de esos Estados o están sometidos a su jurisdicción; c) crear *obligación y responsabilidad internas* —además de las *internacionales* concomitantes— en orden a la aludida efectividad y aplicación de sus normas...” (BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho...*, cit., p. 469. Ver también del mismo autor: *Tratado...*, t. III, cit., p. 292).

<sup>85</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, t. III, cit., p. 302.

<sup>86</sup> GORDILLO, Agustín, *Derechos...*, cap. V, cit., p. 12.

<sup>87</sup> “Si se expresa que ‘la ley debe’ o ‘la ley deberá’ reconocer tal o cual derecho, nos hallaremos ante una previsión programática; pero no será así cuando se aluda a que las personas ‘tienen’ derechos sujetos a ‘las limitaciones prescritas por la ley’, o ‘las condiciones que establezca la ley’, o ‘según las formas establecidas por la ley’ ” (GORDILLO, Agustín, *Derechos...*, Cap. V, cit., p. 12).

<sup>88</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, t. III, cit., p. 303.



tema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo” <sup>89</sup>.

## II. LA JURISDICCIÓN SUPRAESTATAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

### 1. Aclaraciones preliminares

Dado que este trabajo gira en torno de las garantías supranacionales para la defensa de los derechos fundamentales estatuidos en la Constitución, cabe hacer algunas aclaraciones previas respecto del tema a desarrollar en adelante.

Si bien es cierto que el problema de las garantías constitucionales —en el sentido amplio al que adhiero <sup>90</sup>— no se limita, ni mucho menos, a perseguir únicamente una finalidad de naturaleza u orden jurisdiccional que reestablezca el derecho individual, grupal o colectivo vulnerado <sup>91</sup>, no menos cierto es que uno de los pilares más sólidos de la teoría garantista es el rol que se confiere a los jueces como garantes de los derechos fundamentales. Al respecto dice Ferrajoli: “(...) puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen” <sup>92</sup>. La legitimación democrática de la jurisdicción radica, precisamente, en la sujeción del juez a la constitución en sentido sustancial y en su función activamente crítica frente a la invalidez de las leyes y los actos emanados de los poderes recién mencionados que la contraríen <sup>93</sup>.

Porque no cabe duda del papel trascendente que desempeñan los órganos jurisdiccionales —cuando efectivamente son independientes e imparciales—, en la consolidación de un verdadero Estado constitucional de derecho, se comparte lo expresado por Danilo Zolo, quien sostiene que un derecho formalmente reconocido pero no judicialable es, *tout court*, un derecho inexistente <sup>94</sup>.

La formulación de las aclaraciones precedentes pretende servir de justificativo al enfoque que se dará del sistema interamericano de protección

<sup>89</sup> OC-nº 7/86, citado por GORDILLO, Agustín, *Derechos...*, cap. V, cit., p. 13.

<sup>90</sup> FERREYRA, Raúl G., *Notas...*, cit., p. 130.

<sup>91</sup> FERREYRA, Raúl G., *Notas...*, cit., p. 150.

<sup>92</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., p. 27.

<sup>93</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., p. 26.

<sup>94</sup> Citado por FERREYRA, Raúl G., *Notas...*, cit., p. 121.



de los derechos humanos en lo que resta del trabajo. En efecto, se dedicará particular atención al órgano jurisdiccional instaurado a nivel regional por el Pacto de San José de Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH), mencionando sólo tangencialmente el rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), no porque se le resten méritos ni porque se desconozcan sus logros en la lenta y ardua tarea de efectivizar los derechos fundamentales que la Convención tutela <sup>95</sup>, sino porque se quiere recalcar la importancia de los mecanismos propiamente jurisdiccionales, en vistas a lograr, en el futuro, articular otros nuevos, superadores de los actualmente existentes.

## **2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

### **Características, funciones y requisitos para acceder a ella**

Según el art. 1º del Estatuto aprobado por resolución 488, adoptado por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones en La Paz, el tribunal americano surgido del Pacto de San José de Costa Rica “(...) es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” <sup>96</sup>.

La Corte tiene expresamente otorgadas funciones contenciosas (arts. 61 a 63 de la CADH) y funciones consultivas (art. 64, CADH) <sup>97</sup>. Al respecto, en la OC nº 3/83, ella misma especificó que “en materia contenciosa el ejercicio de la competencia de la Corte depende normalmente de una cuestión previa y fundamental, como es el consentimiento de los Estados para someterse a su jurisdicción. Si ese consentimiento ha sido otorgado, los Estados que participan en el proceso toman técnicamente el carácter de partes en el mismo y se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte (art. 68.1, CADH)”, agregando posteriormente que “ninguna de estas consideraciones está presente en los procedimientos consultivos. No hay partes pues no hay demandados o actores, ningún Estado es requerido a defenderse contra

<sup>95</sup> “Si bien se critica tanto el hecho de que las disposiciones de la Comisión tengan solamente el alcance de recomendaciones como que la máxima sanción posible ante el incumplimiento por parte de los Estados sea la publicación del informe, no debe subestimarse el profundo alcance que estas medidas tienen sobre la opinión pública así como la presión política que ésta genera sobre los gobiernos responsables y que frecuentemente los obliga a revisar sus proceder violatorios de los derechos humanos”. BARBOZA, Julio, *Derecho...*, cit., p. 665.

<sup>96</sup> ALBANESE, Susana, *Promoción...*, cit., p. 116.

<sup>97</sup> En relación con las funciones contenciosas y consultivas puede verse, entre otros: ALBANESE, Susana - BIDART CAMPOS, Germán, J., *Derecho...*, cit, p. 33; TRAVIESO, Juan A., *Derechos humanos y jurisprudencia*, cit., p. 23; *Derechos humanos y derecho internacional*, cit., p. 428; GORDILLO, Agustín, *Derechos...*, cap. III, cit., p. 20; BARBOZA, Julio, *Derecho...*, cit., p. 667; MONCAYO, Guillermo, *Reforma...*, cit., p. 94.



cargos formales ya que el procedimiento no los contempla: ninguna sanción judicial está prevista ni puede ser decretada” dado que la finalidad de dicho procedimiento no es otra que “facilitar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” <sup>98</sup>.

El art. 61 de la CADH taxativamente limita a los Estados partes del tratado y a la Comisión la facultad de someter un caso a la Corte, vedando a las personas, tanto físicas como jurídicas, la posibilidad de actuar en la jurisdicción contenciosa <sup>99</sup>. Asimismo, para que la COIDH pueda entender en un caso es necesario que se hayan agotado los procedimientos ante la CIDH (art. 61, 2º párr.), lo cual complica aún más el acceso a los estrados del mencionado tribunal <sup>100</sup>.

Otro de los requisitos de vital trascendencia para que el ejercicio de las funciones contenciosas sea viable lo impone el art. 62, párrafo 3º, cuando dispone que los Estados partes deben haber reconocido en forma expresa —ya sea incondicionalmente, bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado, o para casos específicos— la competencia de la Corte para que ésta pueda serles aplicada. La ausencia de dicho reconocimiento impide juzgar al Estado ante el tribunal interamericano, negando, lisa y llanamente, la garantía de acceso a la jurisdicción supranacional a las personas cuyos derechos fundamentales se hayan lesionado.

La COIDH podrá disponer la adopción de medidas provisionales cuando considere que en aquellos asuntos que esté conociendo pudiera ocasionarse un daño irreparable (art. 63, 2º párr.). Podrá también tomar este tipo de medidas en los asuntos que aún no estuvieren sometidos a su conocimiento si así lo solicita la CIDH <sup>101</sup>.

En cuanto a las sentencias de la Corte, la CADH en su art. 68, párrafo 1º, dispone que deberán ser acatadas por los Estados miembros de la Convención en todo caso en que sean parte.

Hasta aquí se han enunciado algunos de los elementos esenciales que caracterizan tanto a las funciones de la COIDH como al procedimiento dispuesto para poner en funcionamiento esta única garantía jurisdiccional de carácter supranacional que, por el momento, existe en el ámbito regional como protección de los derechos fundamentales amparados por el ordenamiento jurídico argentino.

<sup>98</sup> ALBANESE, Susana: *Promoción...*, cit., p. 117.

<sup>99</sup> TRAVIESO, Juan A., *Derechos humanos y derecho internacional*, cit., p. 428.

<sup>100</sup> BARBOZA, Julio, *Derecho...*, cit., p. 666.

<sup>101</sup> BARBOZA, Julio, *Derecho...*, cit., p. 667.



Los obstáculos a un pleno, sencillo y expedito acceso al órgano judicial interamericano —livianamente mencionados más arriba— son evidentes. La efectiva protección que exigen los derechos humanos para materializarse en el plano sociológico, a lo largo y a lo ancho del continente, demandan con urgencia la implementación de mecanismos garantistas supraestatales de carácter jurisdiccional más dinámicos, simples y accesibles para las personas, tanto individuales como grupales, que vean mancillados sus derechos y libertades fundamentales.

Sin embargo, como señala Travieso: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha operado con un plan muy concreto: comenzar por el principio”, “(...) al mismo tiempo que ha ido generando sus criterios, y cristalizándolos constructivamente, ha ido acompañando el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y ha generado que los precedentes jurisprudenciales, en algunos casos, pudieran constituir bases para nuevos alcances del derecho consuetudinario. La tarea ha comenzado por los cimientos, pues, en una primera etapa, casi fundacional (...) limitada por el escaso número de Estados que habían aceptado su jurisdicción contenciosa, comenzó a estructurar la interpretación jurisprudencial a través de opiniones consultivas”. Como corolario, valiéndose de una metáfora bastante acertada, el mencionado autor agrega: “...se está cambiando el ala del avión mientras éste está en vuelo. Se está construyendo el sistema de derechos humanos dinámicamente” <sup>102</sup>.

También es cierto que —más allá de las dificultades fácticas que se presenten para su ejercicio— en la Argentina, hoy en día, cualquier persona física o jurídica tiene la posibilidad de iniciar un recurso supranacional cuando considere que se han violado sus derechos fundamentales. Agotados los recursos nacionales internos puede denunciar al Estado argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y llegar por vía de recurso hasta el órgano judicial de la Convención <sup>103</sup>.

Frente a esto, resulta imposible negar, pese a todas sus imperfecciones, el gigantesco avance que significó a nivel regional, en materia de derechos humanos, el Pacto de San José de Costa Rica y la creación de la COIDH.

No obstante y para concluir este apartado, propongo, sin renunciar a una posición crítica, abandonar posturas pesimistas —por más utópico que parezca por momentos— y, sin “dormirse en los laureles”, seguir trabajando en pro de la implementación de más y mejores garantías jurisdiccionales

<sup>102</sup> TRAVIESO, Juan A., *Derechos humanos y jurisprudencia*, cit., p. 25.

<sup>103</sup> TRAVIESO, Juan A., *Derechos humanos y derecho internacional*, cit., p. 142.



para la protección de los derechos y libertades fundamentales a nivel supranacional.

### **3. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Corte Suprema de Justicia**

En este apartado se pretende señalar, muy someramente, cuál ha sido el rumbo seguido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, durante la última década, en lo que se refiere a la interacción entre el derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en nuestro país desde la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica, actualmente elevado a rango constitucional por la reforma de 1994. Al respecto, se mencionarán —sin ánimo de ser exhaustivo— algunas sentencias emblemáticas de la CSJN, en las que claramente se puede observar la adopción de criterios acordes con las tendencias contemporáneas del Derecho Internacional Público, y específicamente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este orden de ideas, resulta particularmente relevante la posición de acatamiento a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —tanto contenciosa como consultiva—, que se verifica en las decisiones de nuestro máximo tribunal en los últimos años.

Si bien, a decir de la misma COIDH, en materia consultiva ella cumple una función asesora, “de tal modo que sus opiniones no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”<sup>104</sup>, las cuales revisten carácter definitivo e inapelable (art. 67, CADH), lo cierto es que las múltiples Opiniones Consultivas dictadas han ido generando en algunos temas una *opinio iuris* que se refleja en la jurisprudencia de los tribunales internos de los Estados parte del Pacto, actuando como un elemento estabilizante y homogeneizante de las resoluciones judiciales en el ámbito americano<sup>105</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha quedado exenta de esta tendencia continental, como podrá apreciarse en los precedentes jurisprudenciales mencionados a continuación.

El 7 de abril de 1995, en el conocido caso “Girolodi”<sup>106</sup>, la CSJN ha dicho que la interpretación de la Convención Americana debe efectuarse “tal como la Convención citada rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”. [...] “De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de

<sup>104</sup> OC-nº 1/82

<sup>105</sup> TRAVIESO, Juan A., *Derechos humanos y jurisprudencia*, cit., p. 25.

<sup>106</sup> “Girolodi, H. s/recurso de casación”, CS, sentencia del 7 de abril de 1995, JA, 1995-III-571.



los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64, Convención Americana, art. 2º, ley 23.054)”, incluyendo las opiniones consultivas del tribunal <sup>107</sup>.

En los casos “Cafés La Virginia” <sup>108</sup> y “Fibraca” <sup>109</sup>, la Corte sostuvo expresamente la primacía de los tratados sobre las leyes internas, argumentando lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, sentenció que: “La necesaria aplicación de este artículo impone a los órganos del Estado argentino —una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales <sup>110</sup>— asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma contraria. <sup>111</sup> Esta postura resulta coherente con la adoptada por la COIDH, en su OC n° 6/86, al pronunciarse acerca del alcance del término *leyes* en el marco del art. 30 de la Convención. En esa oportunidad el Tribunal Interamericano, por unanimidad, opinó que una ley es una “norma jurídica general, ceñida al bien común emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes” <sup>112</sup>.

En el *leading case* “Ekmekdjian v. Sofovich” <sup>113</sup>, la Corte ya había establecido el principio señalado en el párrafo anterior pero, además, tomó clara posición respecto del clásico problema de la operatividad de las normas de los tratados en el derecho interno, valiéndose para ello de la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizara del art. 14.1 del Pacto de San José en su OC n° 7/86 <sup>114</sup>. En esa ocasión, la COIDH había considerado directamente operativo el derecho de rectificación o respuesta

<sup>107</sup> MONCAYO, Guillermo, *Reforma...*, cit., p. 92; TRAVIESO, Juan A., *Derechos humanos y jurisprudencia*, cit., p. 194; GORDILLO, Agustín, *Derechos...*, cap. II, cit., p. 15; ABREGÚ, Martín, *La aplicación...*, cit., p. 20.

<sup>108</sup> “Cafés La Virginia, S.A. s/apelación”, 13/10/1994, ED, 160-252.

<sup>109</sup> “Fibraca Constructora, SCA v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, 7/7/1993, ED, 154-164.

<sup>110</sup> Si bien la expresión “una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales” se ajusta a los arts. 31 y 27 de la CN, desde el punto de vista exterior implican una violación a Convención de Viena —la cual no distingue entre Constitución y leyes al referirse al “derecho interno” en su art. 27—, que generará eventualmente responsabilidad internacional de nuestro país. Ver BARBOZA, Julio, *Derecho...*, cit., p. 73.

<sup>111</sup> ABREGÚ, Martín, *La aplicación...*, cit., p. 18.

<sup>112</sup> OC-n° 6/86.

<sup>113</sup> *Fallos*: 315: 1492, ED, 148-338.

<sup>114</sup> OC-n° 7/86. Ver MONCAYO, Guillermo, *Reforma...*, cit., p. 90.



por entender que cuando el mencionado artículo de la Convención lo supe-  
dita a “las condiciones que establezca la ley”, el término “ley” es empleado  
en sentido amplio, siendo su propósito determinar las cuestiones accesorias  
vinculadas con el ejercicio de ese derecho, cuyos elementos esenciales se  
desprenden del mismo tratado.

Otro de los puntos neurálgicos que la CSJN aborda en el fallo “Ekmekd-  
jian”, siguiendo las pautas interpretativas de la Corte Interamericana, es el  
de las medidas “de otro carácter” que, según el art. 2º del Pacto de San José  
de Costa Rica, los Estados parte se comprometen a adoptar para garantizar  
el ejercicio de los derechos y libertades individuales que no estuvieren ya  
garantizados <sup>115</sup>. Ante la falencia de las medidas legislativas apropiadas y  
recogiendo “el lejano principio rector de Kot <sup>116</sup> y Siri” <sup>117 118</sup>, el máximo  
tribunal expresó que “*la obligación es también de los jueces, no solamente  
del legislador*” <sup>119</sup>.

Doy por finalizada esta sucinta reseña de decisiones jurisprudenciales  
recientes de la Corte Suprema, confiando en que sus futuras sentencias si-  
gan orientándose en la dirección que les señala el faro del Derecho Interna-  
cional de los Derechos Humanos y hacia el cual, en buena hora, decidieron  
rumbear.

### III. A MODO DE CONCLUSIÓN

De lo expuesto se desprenden las siguientes conclusiones:

1. Desde fines del siglo XX se verifica, a nivel mundial, una irreversi-  
ble tendencia a la integración política, económica, social y también jurídica  
en los Estados que conforman la comunidad internacional.

2. En el plano normativo, el Derecho Internacional (DI) ha postulado  
su supremacía en relación a los ordenamientos jurídicos internos de los dis-  
tintos Estados.

<sup>115</sup> “Entre las medidas “de otro carácter” nosotros advertimos claramente la inclusión de las *sentencias*: los Estados parte se obligan a que sus sentencias —como medidas de “otro carácter” diferente al de las leyes— provean a la aplicación de los pactos, reconociendo, garantizando y facilitando el ejercicio y goce de los derechos que ellos declaran (...) si acaso un estado no adopta las medidas legislativas necesarias a que queda obligado, otras medidas de “otro carácter”, como las *sentencias*, tendrán que remediar la omisión, suplir la ausencia de la ley, o conferir funcionamiento por sí mismas a las normas de los tratados” (BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, t. III, cit., p. 305).

<sup>116</sup> *Fallos*, 241:291.

<sup>117</sup> *Fallos*, 239:459.

<sup>118</sup> GORDILLO, Agustín, *Derechos...*, cap. II, cit., p. 28

<sup>119</sup> GORDILLO, Agustín, *Derechos...*, cap. II, cit., p. 28. Ver la cita de la OC-nº 11/90 en el punto I, apartado b) de la Tercera Parte de este trabajo.



3. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) forma parte del *ius cogens* del DI, lo cual lo ubica a la cabeza de la pirámide normativa del ordenamiento jurídico internacional <sup>120</sup>.

4. El fin último de los derechos fundamentales positivizados en los diferentes instrumentos normativos del DIDH, no es otro que alcanzar la materialización efectiva en el plano sociológico.

5. Los órganos jurisdiccionales internacionales, a los que les compete aclarar el alcance de los principios recogidos por las normas del *derecho de gentes*, han interpretado que los derechos y libertades fundamentales del DIDH, en virtud de la finalidad intrínseca que persiguen, revisten, por regla general, carácter operativo.

6. La inmensa mayoría de las constituciones actuales, siguiendo la tendencia internacional imperante, han jerarquizado expresamente los derechos humanos, otorgándoles el máximo rango dentro del ordenamiento constitucional interno.

7. La reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22 y admitió la supremacía del DI en relación con el ordenamiento jurídico nacional.

8. Los tratados sobre derechos humanos constitucionalmente jerarquizados complementan a la Constitución Nacional, en vistas a lograr, por esta doble fuente, interna e internacional, alcanzar la mayor completitud normativa posible para la protección de los derechos fundamentales.

9. La Convención Americana de Derechos Humanos reviste jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico argentino, ubicándose en la cúspide de la pirámide normativa nacional.

10. Su máximo órgano de aplicación e interpretación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos —a cuya competencia nuestro país se ha sometido—, expresamente ha determinado que los derechos tutelados en la Convención deben considerarse, en principio, operativos.

11. Las acciones u omisiones de los Estados partes del Pacto que contraríen sus disposiciones generan, inexorablemente, responsabilidad internacional por incumplimiento.

12. El ámbito en el que los derechos humanos están destinados a hacerse efectivos es el interno de cada uno de los Estados miembros de la comunidad internacional que se pretendan verdaderamente democráticos.

<sup>120</sup> En relación con la gradación intra jerárquica dentro del Derecho Internacional puede verse ALBANESE, Susana - BIDART CAMPOS, Germán, J., *Derecho...*, cit., ps. 159, 208.



13. Por esto, además de las obligaciones legislativas y administrativas que garanticen el pleno disfrute de los derechos y libertades amparados por la Convención, removiendo los obstáculos que impidan su ejercicio, el Estado tiene el deber de tomar todas las “medidas de otro carácter” que sean necesarias para proteger los derechos humanos de los individuos sometidos a su jurisdicción.

14. Más allá de la vigencia normativa de los DH —desde una perspectiva garantista basada en la distinción entre legitimidad formal y legitimidad sustancial de las normas— todo Estado sustancialmente democrático debe velar por el cumplimiento de la meta última de los derechos fundamentales: su efectiva vigencia en el plano sociológico.

15. La falta de cumplimiento efectivo de los DH que se verifica en la práctica, obliga a articular los mecanismos garantistas que sean necesarios para alcanzar la aludida vigencia sociológica.

16. Dentro del conjunto de esos mecanismos, reviste particular trascendencia la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales constitucionalmente amparados.

17. Por ello, entre las “medidas de otro carácter” anteriormente señaladas, el lugar más importante lo ocupan las sentencias judiciales, llamadas a colmar el vacío dejado por los otros poderes estatales en materia de derechos humanos, sea cual fuere la razón de ese vacío.

18. Los órganos jurisdiccionales supranacionales —pese a las falencias propias de todo sistema embrionario— son una garantía extra que, en los hechos, viene demostrando una importancia creciente para la protección y el respeto de los derechos y libertades fundamentales a nivel interno.

19. Las decisiones jurisprudenciales, tanto contenciosas como consultivas, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —por ahora el único órgano jurisdiccional de carácter supraestatal implementado a nivel regional— han generado un notable efecto homogeneizante y estabilizante de las resoluciones judiciales en todos los Estados parte del Pacto.

20. Resulta esencial perfeccionar y multiplicar las garantías de acceso a la jurisdicción supraestatal, a nivel regional, continental y mundial para lograr alcanzar el efectivo goce de los derechos humanos en el plano sociológico.

Como enseña Ferrajoli, solamente bregando por un constitucionalismo mundial que gire en torno de la humanidad como eje y no de los viejos Estados, podrán articularse las garantías jurídicas necesarias para tornar efectivos los derechos fundamentales contenidos en las distintas cartas internacionales de Derechos Humanos. Para finalizar, resumo la idea principal de este trabajo citando textualmente una frase del mencionado autor: “No pienso



en absoluto en un improbable y no deseable gobierno mundial. Sino, de forma mucho más simple, en la perspectiva de una efectiva limitación de la soberanía de los Estados (y de las desigualdades del fundamentalismo de mercado internacional, me permito agregar a las palabras del maestro italiano) mediante el establecimiento de garantías jurisdiccionales contra las violaciones de la paz en el exterior y de los derechos humanos en el interior, avanzada por Kelsen hace exactamente cincuenta años en su libro *La paz por medio del derecho* <sup>121</sup>.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ABREGÚ, Martín, "La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción", en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- ALBANESE, Susana, *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, La Rocca, Buenos Aires, 1992.
- ALBANESE, Susana - BIDART CAMPOS, Germán, J., *Derecho internacional, derechos humanos y derecho comunitario*, Ediar, Buenos Aires, 1998.
- BARBOZA, Julio, *Derecho internacional público*, Zavalía, Buenos Aires, 1999.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1995.
- *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995.
- *Constitución Nacional y derechos humanos, su reciprocidad simétrica*, Ediar, Buenos Aires, 1991.
- ECO, Umberto, *Cinco escritos morales*, Lumen, Barcelona, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001.
- "Garantías constitucionales", en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, año I, n° 2, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- FERREYRA, Raúl G., *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Ediar, Buenos Aires, 2001.
- GORDILLO, Agustín, *Derechos humanos*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1949.
- MONCAYO, Guillermo, "Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema", en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- MONCAYO - VINUESA - GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho internacional público*, t. I, Zavalía, Buenos Aires, 1994.
- TRAVIESO, Juan Antonio, *Derechos humanos y derecho internacional*, Heliasta, Buenos Aires, 1996.
- *Derechos humanos y jurisprudencia*, Eudeba, Buenos Aires, 1998.
- *Historia de los derechos humanos y garantías*, Heliasta, Buenos Aires, 1993.

<sup>121</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, cit., p. 153.